

Nº 11
Tercer trimestre 2017

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 11. Septiembre 2017

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA y VLEX

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. David Larios Risco

Asesor jurídico de la Organización Médica Colegial de España.

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

D. Jaime Pintos Santiago

Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo. Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

SUMARIO

EDITORIAL	
El Consejo de Redacción	9

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

“LA JURISPRUDENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA EN LA LABOR DE APOYO Y CONTROL AL ARBITRAJE (2011-2017)”	
D. Jesús Campo Candelas	15

“TRANSPARENCIA Y PARLAMENTOS AUTONÓMICOS: EL CASO DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA”	
D. Fernando Ruíz Cristina	49

“DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS”	
D. Héctor Luis Arzola Astacio	97

SECCIÓN INTERNACIONAL

“PROPUESTA DE GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS ORDINARIOS MEDIANTE EMPRESAS PRIVADAS DE CAPITAL MUNICIPAL”	
D. Luis Fernando Barquero Cordero	149

“NECESIDAD Y DIFICULTAD DE LA RECONCILIACIÓN CUANDO HAY TRAUMAS POR VIOLENCIA”	
Dr. D. Franco Conforti	193

“LA GARANTÍA DEL DERECHO DE NO DISCRIMINACIÓN
A LA POBLACIÓN SAHARAUI EN EL ACCESO A LA
NACIONALIDAD ESPAÑOLA”

D^a Anthinea Interbartolo 205

BASES DE PUBLICACIÓN245

EDITORIAL

Poner en marcha una Web a nivel institucional puede parecer algo sencillo, aunque no siempre es así.

Desde la Revista Gabilex llevamos tiempo trabajando en esta cuestión, algo que ha llevado no pocas reuniones, mucho esfuerzo y sobre todo, muchas ganas, no perdiendo nunca de vista este objetivo que por fin hemos conseguido lograr como uno de los hitos, que creemos pueden ser más importantes, desde el nacimiento de la Revista hace ya unos años.

Por ello, desde el Consejo de Redacción queremos dar la bienvenida a la página oficial de la Revista Gabilex www.gabilex.castillalamancha.es.

El sitio web contiene toda la información sobre la Revista: la composición del Consejo de Redacción, del Comité Científico y del Consejo Evaluador externo; la publicación descargable de todos los números tanto ordinarios como extraordinarios, y la posibilidad de suscripción a la misma. Además, para mayor comodidad de los lectores, la web hace búsquedas por autores, de los que se podrán ver sus referencias curriculares y descargar individualmente sus trabajos. Asimismo también contiene la información de las Jornadas GABILEX que anualmente se celebran y que ya este primer año han sido un éxito.

Por otra parte, la importancia de la llegada de esta tan esperada y trabajada nueva Web va en consonancia con la importancia que hoy en día tienen que las redes sociales, también en los ámbitos jurídicos y

profesionales, ya que están teniendo un protagonismo vertiginoso en la sociedad y por ello la presencia y difusión de Gabilex en las mismas se hace inevitable.

Esta es una circunstancia que ya se venía dando, debido al seguimiento profesional que la Revista ya atesora, siendo los propios autores y lectores los que se han venido encargando de difundir los distintos números y trabajos a través de las redes sociales profesionales, amén del trabajo al respecto que también realizamos los miembros que formamos esta Revista.

Aun así, el salto en este aspecto de las redes sociales también resulta trascendental con el nacimiento de la nueva Web, ya que permite contar a la Revista con visibilidad propia en las RRSS, de forma que actualmente contamos con Twitter y LinkdIn, cuyas direcciones respectivamente son las siguientes:

Twitter: @revistagabilex

LinkedIn: <https://www.linkedin.com/in/gabilex-revista-jccm-a621a314a/?ppe=1>

Nuestro número de suscriptores ha venido creciendo exponencialmente. Entendemos además que el nuevo modelo de suscripción que otorga la propia página Web de la Revista facilitará más aun este crecimiento exponencial, tanto en España como fuera de ella, dado que son también muchos los seguidores que tenemos de en otros países, lo que ha llevado a la Revista a abrir en recientes números una sección de doctrina internacional.

Ya son muchos los que nos siguen en las Redes Sociales y son más los que esperamos se conviertan en seguidores de la información jurídica que facilitamos a través de la Revista y por medio de las Redes Sociales.

Si importante es el nacimiento de una nueva Web propia y específica de la Revista, no es baladí la importancia de que la Revista haya sido incluida en dos nuevas e importantes bases de datos jurídicas: Smarteca de la editorial La Ley y en breve en la sección de Revistas de Tirant Lo Blanch.

Por todo lo anterior, entendemos desde la Dirección de la Revista y el Consejo de Redacción que estamos de enhorabuena, porque la difusión del pensamiento y los conocimientos científicos y jurídicos de actualidad que ofrece con calidad cada edición de la Revista van a poder alcanzar mayores cotas extensión, lo cual creemos muy humildemente favorece a toda la comunidad científica y jurídica, a todos los profesionales que la rodean y al conjunto de la sociedad en general.

EL CONSEJO DE REDACCIÓN

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

"PROPUESTA DE GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS ORDINARIOS MEDIANTE EMPRESAS PRIVADAS DE CAPITAL MUNICIPAL"

D. Luis Fernando Barquero Cordero

Trabajo de investigación, requisito para el
Master en Derecho Medioambiental y Sostenibilidad

SUMARIO:

- I. La necesaria discusión sobre la gestión integral de residuos ordinarios en Costa Rica.
- II. La gestión integral de residuos sólidos ordinarios en el marco normativo costarricense.
- III. La imperiosa necesidad de brindar un servicio eficiente para garantizar derechos ambientales fundamentales.
- IV. La potestad municipal para elegir el modelo de administración del servicio de gestión integral de residuos ordinarios.
- V. La constitución de una empresa pública como alternativa para la prestación del servicio de recolección de residuos ordinarios.
- VI. Corolario.
- VII. Abreviaturas
- VIII. Bibliografía.

RESUMEN:

Se propone analizar alternativas jurídicamente viables para resolver en Costa Rica las deficiencias del servicio de gestión integral de residuos ordinarios. La Ley Número 8839 comisiona a las Municipalidades como entes ejecutores de un servicio que actualmente se brinda mediante modelos de gestión directa o esquemas mixtos dónde se subcontratan algunas etapas del proceso. Sin embargo por obligación constitucional y tomando en consideración los principios de autonomía y discrecionalidad administrativa que sustentan su gestión, las Municipalidades pueden -y más allá de eso-, deben valorar y analizar los diferentes modelos de gestión para la prestación del servicio público y así elegir la opción más apropiada, entre estas alternativas se trae a discusión la constitución de empresas privadas de capital público, organizaciones que en un ambiente de competencia, podrían atender de manera eficiente las necesidades sociales actuales y futuras de esta creciente problemática ambiental.

PALABRAS CLAVE: Derecho ambiental, servicio público, municipalidades, residuos ordinarios, empresa pública.

ABSTRACT:

It is proposed to analyze legally viable alternatives to resolve deficiencies in the waste management in Costa Rica. The law number 8839 delegates municipalities as executors of a service, that is currently provided by direct management or mixed management models, where a few stages of the process are managed by subcontracts. Nevertheless, by constitutional obligation and taking into consideration the autonomy and discretional management principles that supports their administration, municipalities can -and beyond that- should considered and analyze the different

management models to provide public services. Therefore they have to choose the most appropriate one, among these alternatives it is brought to discussion the creation of private companies made out of public money. Those organizations, in a competitive environment, could attend diligently societies' needs for today and tomorrow of this growing environmental issue.

KEYWORDS: Environmental law, public service, municipalities, ordinary waste, Public company.

I. LA NECESARIA DISCUSIÓN SOBRE LA GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS ORDINARIOS EN COSTA RICA.

Vivimos en una economía de consumo, pero esta aseveración implica necesariamente que también en una economía de residuos, así lo apunta el Banco Mundial cuando advierte que la generación de residuos se encuentra ligada al crecimiento urbano, económico e industrial, estimando que en el planeta los residuos urbanos crecerán cerca de un 70% para el 2025 y para el caso específico de Costa Rica en un 119%¹. Esta referencia resulta suficiente justificación para prestarle importancia a los problemas ambientales que pueden

¹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (2016). INFORME N.º DFOE-DL-IF-00001-2016 AUDITORIA OPERATIVA RECOLECCIÓN DE RESIDUOS ORDINARIOS. DIVISIÓN DE FISCALIZACIÓN OPERATIVA Y EVALUATIVA. Recuperado el 1 de Mayo de 2017, de https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docs_cgr/2016/SIGYD_D_2_016002526.pdf

generarse producto de una ineficiente gestión de los residuos.

Ante estos vaticinios Costa Rica promulga en el año 2010 la Ley para la Gestión Integral de Residuos número 8839², la cual plantea un cambio sustancial en lo que respecta al servicio de recolección, tratamiento y disposición final de residuos. El servicio público que anteriormente se planteaba como la simple obligación de la Administración de realizar la recolección de basura, se convierte con esta Ley en un proceso integral que plantea, al menos desde el ideal legislativo, una gestión selectiva accesible, periódica y eficiente de los residuos para todos los ciudadanos.

En procura de confrontar dichas expectativas contra la realidad nacional en febrero del 2016 la Contraloría General de la República publicó un informe denominado "AUDITORIA OPERATIVA DE LA RECOLECCIÓN DE RESIDUOS ORDINARIOS"³, en el cual se identifican algunos hallazgos que en suma deben ser una alarma importante para el sector académico, ya que entre otros señalamientos indican que las Municipalidades –que son los órganos ejecutores⁴-, muestran debilidades y limitaciones que impiden la prestación del servicio con los estándares de eficacia y eficiencia que pretendía la Ley.

² Específicamente la ley fue promulgada el 24 de junio del 2010.

³ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (2016). *Ibidem*.

⁴ De conformidad al Código Municipal, en su artículo 74 y la Ley 8839 en su artículo 8.

En alcance del estudio incluye las 81 Municipalidades realizando un mapeo científico de la situación actual a nivel nacional, determinando que:

- En 70 de las 81 Municipalidades, existen comunidades⁵ que no tienen acceso al servicio de recolección.
- A nivel nacional aún existe un 15% de viviendas que no tienen acceso al servicio de recolección por lo tanto recurren a métodos alternativos como la quema, el enterramiento o la disposición en botaderos clandestinos.
- Las Municipalidades recuperaron un incipiente 1,26% de materiales para revalorización, es decir; recuperaron apenas 12.100 toneladas de un total de 961.500 toneladas que terminaron en rellenos sanitarios o en vertederos municipales.
- La pérdida de eficiencia en la recuperación de residuos valorizables implica una fuga de recursos económicos y oportunidades de empleo.
- A su vez acelera el agotamiento de los rellenos sanitarios disponibles e incrementa el costo del servicio de disposición de residuos hasta de un 118%.
- Algunas Municipalidades subcontratan el servicio de recolección, sin embargo la mitad de los camiones recolectores municipales no se encuentran en óptimas condiciones operando con altos costos de mantenimiento.
- En el año 2014, los 81 gobiernos locales destinaron aproximadamente 63.5 millones de dólares a las labores relacionadas con la recolección de residuos ordinarios, lo cual representó alrededor de un 10%

⁵ Se estima que alrededor de 87 distritos de 481 es el número de comunidades que no tienen acceso a dicho servicio municipal.

del total de los presupuestos municipales ejecutados para ese año.

- También para el 2014, 30 Municipalidades presentaron déficit presupuestario en el servicio de recolección de residuos sólidos.
- La morosidad promedio en el pago de las tasas de servicio de recolección alcanza el 40% de la Municipalidades.
- Y en 28 Municipalidades tienen más de un año de no actualizar la tasa del servicio.

Todo lo anterior resultó concluyente para que la Contraloría dictaminara finalmente "que la mayoría de gobiernos locales no han demostrado que el servicio de recolección de residuos a su cargo, se brinde en apego a principios de eficacia y eficiencia, de modo que se atiendan completamente las necesidades de todos los habitantes del cantón en esta materia, y a su vez, se garantice la prestación de un servicio con la mejor calidad, con procesos de recolección optimizados, al menor costo posible y orientado a evitar que se siga desperdiciando el valor que realmente tienen los residuos ordinarios."

Esta clara problemática sugiere a su vez una pregunta obligatoria; ¿cómo volver eficiente la gestión integral de los residuos sólidos en Costa Rica? Este planteamiento despertará consecuentemente una serie de acuciosas dudas, por ejemplo; « ¿es posible alcanzar una gestión eficiente o es la Ley un ideal imposible?», « ¿existe interés nacional en alcanzar eficiencia en la gestión?» y aún más allá « ¿por qué es tan ineficiente la gestión?», todas estas preguntas resultan validas e indispensables para avanzar.

Sin embargo, el planteamiento del presente estudio va a tratar de responder a la pregunta inicial bajo algunos

supuestos; el primero de ellos es que si bien la Ley puede resultar ambiciosa en cuanto a sus pretensiones, lo cierto es que su formulación obedece a la necesidad inminente de garantizar a corto plazo y a las generaciones futuras un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, lo cual de todos modos es un mandato constitucional⁶. Por lo tanto se dará por sentado que los alcances de la Ley no son aspiraciones inalcanzables sino obligaciones taxativas.

Otro supuesto del cual vamos a partir es el hecho de que existe un interés nacional y desde todos los sectores en construir una sociedad eco eficiente, es decir, eliminando de la pregunta inicial influencias o distorsiones que provengan de grupos de intereses económicos o políticos que puedan incidir negativamente en la optimización de la gestión integral de los residuos sólidos.

Finalmente y como parte de la hipótesis que se pretende plantear, se establecerá como un supuesto que la principal razón por la cual la gestión integral de los residuos sólidos en Costa Rica no resulta eficiente, es por la incapacidad operativa y administrativa de los gobiernos locales.

⁶ En Costa Rica, la Ley No.7412 de 3 de junio de 1994 modifica el artículo 50 Constitucional para que se lea: "El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes."

Esta última aseveración es claramente debatible, un argumento sensato en este sentido sería apuntar como responsable al escaso tiempo de maduración con el cual cuenta la Ley, la cual fue promulgada en el 2010. Sin embargo, durante los últimos años los gobiernos locales no han generados los avances que se requieren para enfrentar un problema que se agrava exponencialmente, por esta razón el presente análisis tomará como consenso la tendencia que se observa en los países occidentales durante los últimos años, es decir, aceptando la necesidad de reducir la participación de la Administración en los servicios públicos en procura de acreditar mayor eficiencia y satisfacción del interés público⁷.

En este mismo orden de ideas se sostiene como tesis que para mejorar la gestión integral de residuos sólidos en Costa Rica, resulta necesario un diálogo nacional que conduzca a elegir con mayor tino el modelo administrativo con el cual ejercer dicha competencia del Estado.

Para iniciar esta discusión el presente documento propone valorar una alternativa; la constitución de empresas privadas de capital público como mecanismo jurídico viable para la consecución de la Ley.

Esta breve exploración académica, reconoce que no logrará agotar la totalidad de alternativas jurídicas, así mismo tampoco pretende realizar un trabajo plenamente exhaustivo, sino más bien, busca incluir nuevas

⁷ Feliu, J. M. (2016). REMUNICIPALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS LOCALES Y DERECHO COMUNITARIO. EL CRONISTA DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, 50-71.

variantes en una conversación que se encuentra aún prematura en el país.

II. LA GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS ORDINARIOS EN EL MARCO NORMATIVO COSTARRICENSE.

Abordar adecuadamente la gestión de residuos implica intrínsecamente afrontar problemáticas ambientales, económicas, institucionales y sociales. Estos retos se van a agrupar con diferentes particularidades respecto a cada núcleo poblacional de acuerdo a tres variables⁸. Primero la condición socioeconómica, siendo por lo general que los sectores de mayor poder adquisitivo son también los generadores de mayor producción de residuos. Después, la cantidad de habitantes que conforman el ejido urbano, su distribución y la planificación del uso del suelo infieren en la cantidad y calidad de los residuos, y finalmente el factor cultural, o siendo más específico los hábitos de consumo y los sistemas de producción de cada sociedad.

Para enfrentar simultáneamente todos los frentes y retos que representa armonizar los intereses de la sociedad las sociedades han recurrido al concepto de *gestión integral de los residuos*, que consensualmente se abrevia por su acrónimo GIR, y que se entiende por aquel "conjunto de acciones normativas, operativas, financieras, de planeación, administrativas, sociales, educativas, de

⁸ Rollandi, R. (2014). PROBLEMÁTICA DE LA GESTIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS EN LAS MEGACIUDADES. IC LATINOAMÉRICA. Obtenido de http://www.ic-latinoamerica.com/descargas/pdf/articulos_interes/2012-04_problematika_de_la_gestion.pdf

monitoreo, supervisión y evaluación, para el manejo de residuos, desde su generación hasta la disposición final, a fin de lograr beneficios ambientales, la optimización económica de su manejo y su aceptación social, respondiendo a las necesidades y circunstancias de cada localidad o región.”⁹

Justo es esta la visión que pretende recoger Costa Rica al promulgar la Ley 8839 que tiene por objeto regular la gestión integral de residuos y el uso eficiente de los recursos, según su artículo primero.

Este planteamiento legislativo, establece que un residuo es cualquier material sólido, semisólido, líquido o gas, cuyo generador o poseedor debe o requiere deshacerse de él, y que puede o debe ser valorizado o tratado responsablemente o, en su defecto, ser manejado por sistemas de disposición final adecuados.

A su vez la legislación clasifica los residuos en tres categorías; siendo lo que corresponden a esta investigación los residuos ordinarios, entendidos como aquellos de carácter doméstico generados en viviendas y en cualquier otra fuente, que presentan composiciones similares a los de las viviendas.

De esta acepción tan general, se excluyen las otras dos categorías; los residuos peligrosos y los especiales, los primeros son aquellos que por su reactividad química y sus características tóxicas, explosivas, corrosivas, radioactivas, biológicas, bioinfecciosas e inflamables, o que por su tiempo de exposición puedan causar daños a la salud y al ambiente

⁹ Iza, A., & Aguilar Rojas, G. (2009). DERECHO AMBIENTAL EN CENTROAMÉRICA TOMO II. Suiza: UICN, Gland.

Y los de manejo especial se definen como los que por su composición, necesidades de transporte, condiciones de almacenaje, formas de uso o valor de recuperación, o por una combinación de esos, implican riesgos significativos a la salud y degradación sistemática de la calidad del ecosistema, por lo que requieren salir de la corriente normal de residuos ordinarios.

En esta línea de residuos especiales, también vamos a encontrar entonces los vertidos gaseosos y los líquidos que cuentan con su propia normativa especial, delimitándose entonces el presente estudio en la gestión integral de los residuos sólidos ordinarios, o como también se les conoce; *residuos ordinarios*.

Y bajo esta óptica de la GIR la legislación aborda el término de *jerarquización de los residuos*¹⁰, que no es otra cosa que el abordaje de las etapas de la GIR en atención al ciclo de vida de los productos, en un esfuerzo por responsabilizar, internalizar costos y prevenir desde la fuente la generación de nuevos residuos.

La intervención de la Ley 8839 comienza por prevenir la *generación* de residuos en origen con un doble propósito, primero para prevenir la proliferación de vectores relacionados con las enfermedades infecciosas y luego para minimizar la contaminación ambiental.

Quienes producen o generan residuos reciben el nombre de "*generadores*", y la ley 8839 los responsabiliza por igual, ya sean personas de carácter público o privado. Así mismo, se clasifican por el tipo de residuo, en generadores de residuos peligrosos, especiales u ordinarios, pero para los efectos de esta investigación los

¹⁰ Artículo 4 de la Ley 8839.

generadores de residuos sólidos ordinarios, seguirán identificándose simplemente como *generadores*.

En la lógica de *gestión integral*, los generadores son los primeros en ser llamados a minimizar la producción de residuos y en este sentido la ley ofrece algunas pautas e instrumentos para lograr esta reducción en la fuente. Entre otras, habilita al poder ejecutivo¹¹ a promover la importación, fabricación y comercialización de productos que favorezcan la gestión integral de residuos, así como prohibir la importación de materiales cuya valorización o gestión integral sea limitada o inexistente en el país.

Sin embargo, son finalmente los consumidores los que tienen la posibilidad de minimizar, mediante la reutilización, rechazo, y sustitución de productos la cantidad de residuos que producen, y en procura de esto la misma ley ha comisionado al Consejo Nacional de Educación la creación de un plan de educación transversal en todo el sistema de enseñanza nacional.

Esta misma lógica debería alcanzar no solo al generador doméstico, sino también al comercial y al industrial, minimizando la generación de residuos mediante de la reutilización de aquellos ya generados en la misma cadena de producción o en otros procesos.

La siguiente etapa, es la *separación* en origen, que implica una nueva responsabilidad por parte del generador, lo cual debe ser atendido mediante un proceso de sensibilización y educación, para que el generador desarrolle los hábitos necesarios para

¹¹ En el artículo 22 de la Ley 8839. Habilita al Ministerio de Salud, en coordinación con el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones para tomar estas medidas especiales.

disponer y clasificar los residuos en las categorías de recolección que ofrezca los sistemas de disposición final.

Lo que conduce inmediatamente a la siguiente etapa; la *recolección* que consiste en el servicio público (en ocasiones prestado por entes de derecho privado) de acopiar sistemáticamente los residuos sólidos ordinarios ya generados.

Para estos efectos las Municipalidades establecen puntos de recolección, o como es más común, prestan un servicio de transporte a domicilio de recolección dónde se retiran los residuos generados en la fuente, dentro de un sistema de categorías que permitan la revalorización de los mismos, en este sentido la Estrategia Nacional de Separación, Recuperación y Valorización de Residuos 2016-2021 promueve la utilización de las siguientes categorías: *orgánicos* que son todo los residuos compostables de origen vegetal, *envases*, que incluye los envases de plástico y tetra-pak, *aluminio*, que incluyen también envases de latón y hojalata, *papel*, dónde se incluye el cartón y una categoría final denominada *residuos ordinarios* dónde se dispone todos los que no pertenecen a las otras categorías.

Una vez que el residuo pasa de parte del generador a manos de la Municipalidad, esta es responsable de su tratamiento, lo que implica al inicio una etapa de *transporte*, que consiste en el traslado desde el lugar de recolección hasta los centros de selección y transferencia o bien a los sitios de tratamiento y disposición final, dependiendo de si trata de residuos valorizables o no.

Los centros de transferencia son instalaciones habilitadas dónde los residuos ordinarios comunes y los valorizables son acopiados y acondicionados para su traslado a la última etapa denominada *disposición final*.

El *tratamiento y disposición final* se lleva a cabo en sitios especialmente acondicionados y habilitados para estos fines tales como los rellenos sanitarios o plantas de incineración, aunque la ley en este sentido promueve la recuperación de materiales sobre otras opciones como el aprovechamiento energético.

De tal manera, son múltiples las etapas que conllevan la ejecución de un servicio público integral de gestión de residuos sólidos, quedando evidenciado, que va más allá de la simple recolección como saneamiento de las urbes y más bien como un proceso sistemático que procura la sostenibilidad ambiental.

Así expuesto, el objeto de estudio aquí abordado es identificar un camino viable para optimizar las partes de dicho sistema que le corresponden ejecutar al sector municipal, que para los efectos se entenderán como la gestión integral de residuos sólidos, que debería incluir consecuentemente con la Ley; desde la sensibilización y educación de los generadores, la urgente recuperación de residuos valorizables y hasta la disposición final del resto de los residuos.

III. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE BRINDAR UN SERVICIO EFICIENTE PARA GARANTIZAR DERECHOS AMBIENTALES FUNDAMENTALES.

El simple hecho de no brindarse en la actualidad un servicio eficiente de recolección, es una violación de carácter constitucional que incluso alcanza disposiciones de carácter internacional.

Para el jurista costarricense PEÑA CHACÓN "por medio del orden público ambiental el Estado busca la satisfacción de los intereses del conjunto social (interés

público ambiental) que además representan un orden inter e intrageneracional, mismo que se vio consolidado a partir de la reforma operada en 1994 al artículo 50 constitucional, al reconocer un modelo de desarrollo económico y social respetuoso y coherente con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado para las generaciones presentes y futuras, como primer paso para la consolidación de un Estado Social y Ambiental de Derecho.”¹²

Este planteamiento parte de que el Derecho ambiental tiene un carácter finalista, ya que tutela los bienes jurídicos de más alto rango, como la vida, la salud y el equilibrio ecológico a través de un orden público ambiental. Dicho de otra manera, se trata de un instrumental jurídico que inicia en los tratados internacionales, se permea en la Constitución y desemboca en las leyes y los reglamentos, pero que también se nutre de normas no escritas como la costumbre, la jurisprudencia y particularmente de los principios generales del derecho ambiental.

Continúa explicando el profesor PEÑA CHACÓN como el Tribunal Constitucional por vía jurisprudencial elevó los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos por encima de la Constitución Política¹³, previo a esto, ésta misma instancia judicial reconoció que los Derechos Ambientales forman parte de los Derechos Humanos¹⁴ y finalmente dotó a dichos instrumentos internacionales de obligatoriedad y ejecutoriedad a nivel

¹² Peña Chacón, M. (2016). *Derecho Ambiental Efectivo* [recurso electrónico]. San José: PPD Universidad de Costa Rica.

¹³ Sentencia Nº 1995-2313 de la Sala Constitucional.

¹⁴ Sentencia Nº 1994-2485 de la Sala Constitucional.

nacional¹⁵. Esto constituye que el marco constitucional de los derechos humanos ambientales se encuentre integrado también por los distintos instrumentos de derecho ambiental internacional.

Partiendo de lo anterior, se concluye que la hermenéutica de los derechos ambientales debe ejercerse en estricta consonancia con los principios establecidos en los distintos instrumentos internacionales suscritos por Costa Rica en materia de los derechos humanos ambientales, entre otros, por la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, Declaración Americana de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto de San Salvador), viéndose además reforzado por las declaraciones de principios ambientales de Estocolmo 1972 sobre Medio Ambiente Humano, Río 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Johannesburgo 2002 sobre Desarrollo Sostenible, la Declaración Río+20 del 2012 y el recientemente el Acuerdo de París COP21.

De la lógica expuesta, un servicio público que pretende salvaguardar los derechos humanos ambientales, tal como el de saneamiento mediante la recolección de residuos sólidos ordinarios, debería, en primera instancia ser operado bajo los principios rectores del derecho ambiental, de otro modo estaríamos ante un claro incumplimiento constitucional.

¹⁵ Sentencias Nº 1993-6240, Nº 1992-3435 y Nº 1995-2313 de la Sala Constitucional.

En este gran conjunto de normativa internacional suscrito por Costa Rica existen múltiples abordajes a los principios que rigen la materia ambiental, sin embargo para poder realizar un acercamiento sintético a estos principios vale la pena recurrir a un rápido esbozo del planteamiento que hace el profesor ORTEGA ÁLVAREZ para su clasificación y conceptualización¹⁶.

Para este autor español los principios del derecho del medio ambiente deben de considerarse en dos grupos; los principios estructurales y los principios funcionales. Los primeros son aquellos que ordenan la materia ciñéndola de características propias frente a otras ramas del derecho, mientras que los funcionales desarrollan el instrumental jurídico que orienta el camino para alcanzar una adecuada protección del medio ambiente.

Esta óptica considera el medio ambiente como el objeto de tutela de esta rama jurídica, y en esta dirección resulta indispensable entender que el Planeta es uno y que si bien el ser humano en su organización crea naciones y fronteras, una correcta protección del planeta requiere de un esfuerzo transfronterizo, a este primer principio estructural se le determina como *globalidad*.

Por otro lado, para construir el universo normativo que requiere la protección del medio ambiente, es necesario acudir a un segundo principio estructural, el de *horizontalidad*. Dado que el derecho de medio ambiente no es una rama que pueda ser contenida en un conjunto de normas específicas por lo que resulta forzoso una

¹⁶ Ortega Alvarez, L. (2005). *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*. España: Lex Nova.

aplicación transversal en el ordenamiento jurídico, compartiendo así espacios con otras ramas del derecho.

Los otros dos principios estructurales son el de *sostenibilidad* y el de *solidaridad*, el primero evoca el equilibrio y proporcionalidad que debe existir entre la protección del ambiente y el desarrollo económico, mientras el segundo es una respuesta a las asimetrías que puedan ser identificadas en los distintos actores o grupos de interés con incidencia en el medio ambiente en procura de equiparar la compensación de los sacrificios que se realicen en el ejercicio normativo.

Luego, para garantizar la protección del medio ambiente resulta necesario equiparar su valor jurídico al de la vida, por ser en esencia el primero indispensable para el segundo, de tal forma su protección se vuelve homológamente importante y tomar las medidas que resulten necesarias configura el primero de los principios funcionales, el de *prevención*, el cual a su vez contiene el sub principio de *cautela*, el cual dicta que en caso de peligro o daño grave, la falta de certeza científica no configura motivo para posponer las medidas preventivas que sean necesarias.

Después, el principio funcional de *causalidad*, entiende que las actividades humanas se encuentran interrelacionadas y responden a una concatenación de actos que en ocasiones son difíciles de trazar, de tal manera que resulta indispensable una actividad normativa que regule no solamente el tramo final del deterioro ambiental, sino que realice una correcta prevención o corrección desde su fuente. A este principio se suma el sub principio de *no traslación*, entendiendo esto como la responsabilidad que tiene dicha fuente de no trasladar el deterioro ambiental lejos de sí para evitar el nexo de responsabilidad.

Finalmente se tiene el principio que se define como *integración de los costes ambientales*, es el último de los principios funcionales, se explica desde la economía ambiental y persigue una traducción pecuniaria a la responsabilidad ambiental bajo el precepto de "quien contamina paga", de tal manera que exige la compensación (positiva o negativa) de las actividades generadas.

Toda esta explicación es necesaria para para reconocer que el modelo administrativo que actualmente han elegido las Municipalidades para la gestión integral de residuos ordinarios es ineficiente, de tal manera que atenta contra los compromisos jurídicos que Costa Rica ha venido asumiendo por medio de tratados internacionales y constituye en pleno termino a un incumplimiento constitucional.

Conclusivamente, los mismos principios del derecho ambiental, funcionan en la presente exposición como un instrumento orientador, mediante el cual se fundamenta la necesidad de valorar modelos de administración alternativos, de manera que las Municipalidades puedan prestar el servicio de gestión integral de residuos ordinarios con plena atención al marco de derecho internacional y al mandato constitucional.

IV. LA POTESTAD MUNICIPAL PARA ELEGIR EL MODELO DE ADMINISTRACIÓN DEL SERVICIO DE GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS ORDINARIOS.

La Ley 8839 encomienda a las Municipalidades la prestación del Servicio Público de Recolección. La mayoría de los cantones se inclinan por un sistema propio o mixto. Propio, cuando las Municipalidades deciden gestionar el servicio utilizando y operando sus

propios recursos, por ejemplo; su presupuesto, maquinaria y personal, y mixto cuando delegan algunas etapas del servicio a sub contratos.

Los mixtos normalmente operan mediante esquemas de contratación administrativa, dónde una empresa privada realiza la etapa de *recolección y transporte*, y en otros casos se paga a un relleno sanitario privado la *disposición final* de los residuos.

Pero como ya se indicó también en la primera parte de este documento, estos modelos de gestión, no han sabido garantizar una verdadera recuperación de residuos valorizables, limitándose a dar un servicio de recolección, el cual toma distancia del paradigma de la gestión integral de residuos al cual aspira la Ley.

Cómo se explicará de seguido, los gobiernos locales tienen la capacidad jurídica -y más allá de eso-, la obligación, de valorar y tomar en consideración la distintas opciones de modelos de gestión mediante las cuales se puede brindar el servicio en procura de la satisfacción del interés público y la operación armónica de los principios constitucionales.

Y es que la Ley distribuye responsabilidades en distintos entes de la Administración Pública, mediante las cuales se pretende dar un abordaje integral a los Residuos Sólidos Ordinarios, a continuación se trazan a *grosso modo* las competencias de los dos principales actores; el Ministerio de Salud en su papel de ente rector y las Municipalidades en función ejecutora¹⁷.

¹⁷ Aunque la ejecución no recaer de manera exclusiva en las competencias municipales, ya que la Ley 8839 convoca la participación de otros entes públicos como el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, el Ministerio de

Esta normativa dispone múltiples competencias en la rectoría del Ministerio de Salud, entre las cuales destacan; la emisión de reglamentos¹⁸, la fiscalización de la correcta ejecución normativa¹⁹, el desarrollo de instrumentos técnicos²⁰, la coordinación interinstitucional y la definición de indicadores de cumplimiento, entre otras atribuciones.

A nivel de orientación la Ley también establece que será el Ministerio de Salud el encargado de formular y ejecutar la Política y el Plan Nacional para la Gestión Integral de Residuos. La Política actual²¹ incluye la integración de principios ambientales como la

Agricultura y Ganadería, el Instituto Nacional de Estadística y Censos y el Consejo Superior de Educación.

¹⁸ Por ejemplo: Reglamento General a la Ley para la Gestión Integral de Residuos, Reglamento para la Gestión Integral de Residuos Electrónicos, Reglamento para la Disposición Final de medicamentos, materia primas y sus residuos, Reglamento Centros de Recuperación de Residuos Valorizables, Reglamento sobre el manejo de residuos sólidos ordinarios, Reglamento General para la Clasificación y Manejo de Residuos Peligrosos y Reglamento para la declaratoria de residuos de manejo especial, entre otros.

¹⁹ Tanto de la ley como de sus propios reglamentos.

²⁰ Por ejemplo la Metodología para Estudios de Generación y Composición de Residuos Sólidos Ordinarios (Decreto No. 37745-S)

²¹ Para el 2017 se encuentra vigente la Política Nacional para la Gestión Integral de Residuos 2010-2021 disponible en <https://www.ministeriodesalud.go.cr/index.php/biblioteca-de-archivos/sobre-el-ministerio/politcas-y-plan-en-salud/politcas-en-salud/1107-politica-nacional-para-la-gestion-integral-de-residuos-2010-2021/file>

responsabilidad compartida, la responsabilidad extendida del productor y la internalización de costos, por lo tanto se encuentra alineada con la Ley y en concordancia con el marco constitucional.

Así, esta Política Nacional establece desde el ámbito económico el desarrollo de estrategias que permitan el financiamiento y la sostenibilidad económica de la gestión integral de residuos a nivel nacional. Entre las estrategias planteadas para esta acometida se encuentra el fomento de inversiones públicas y privadas en la gestión integral de residuos; considerando las economías de escala mediante la promoción, financiamiento e implementación de acciones definidas entre ambos sectores, así como el financiamiento por parte del Sistema de Banca para el Desarrollo de programas y proyectos privados, públicos y comunales en todo el país para la gestión integral de residuos.

De tal manera que el texto reconoce la necesidad de una mayor integración de los sectores, públicos y privados, para alcanzar la inversión necesaria en la GIR, lo cual se traduce lógicamente en el cumplimiento de la misma Ley en el sentido de proveer a la ciudadanía de un servicio eficiente y sostenible.

El *cómo* materializar la Política Nacional, viene definido por el Plan Nacional²², no obstante este documento omite explicar el camino para alcanzar la necesaria sostenibilidad del servicio público, esta propuesta olvida lo indicado por la Política Nacional en cuanto la necesidad

²² Actualmente vigente el Plan Nacional para la Gestión Integral de Residuos Sólidos 2016-2021 disponible en <https://www.ministeriodesalud.go.cr/index.php/biblioteca-de-archivos/sobre-el-ministerio/politcas-y-plan-es-en-salud/planes-en-salud/3025-plan-nacional-para-la-gestion-integral-de-residuos-2016-2021/file>

de integrar los sectores públicos y privados y se limita a garantizar la negociación y asignación de presupuestos de la República y a la búsqueda de financiamientos internacionales, siendo que ninguna de estas dos vías dibujan una verdadera ruta de inversión sostenible de un servicio público urgido de un crecimiento robusto para solventar las necesidades sociales.

Pensar que la prestación del servicio público se financie por medio del presupuesto nacional o mediante financiamientos internacionales (rembolsables o no), es un planteamiento que rompe con los principios de responsabilidad compartida, la responsabilidad extendida del productor y la internalización de costos, ya que asume que otros distintos a los generadores de residuos deben responsabilizarse por sus propios desechos.

Más bien, el Plan Nacional plantea mecanismos de exención tributarias para incentivar la adecuada gestión de residuos por parte de los generadores, lo cual ya es una obligación del productor, siendo esto un camino regresivo en cuanto la sostenibilidad del servicio.

Sin embargo, la escasa dirección política por parte del ente rector para lo referente a la *sostenibilidad del servicio*, resulta de todos modos consecuente con la autonomía municipal, ya que como se explica a más adelante las Municipalidades gozan de autodeterminación para construir soluciones particulares para sus problemas locales.

De previo, se enumeran las competencias otorgadas a los gobiernos locales desde la Ley 8839 como entes ejecutores;

- A) Establecer y aplicar el plan municipal para la gestión integral de residuos en concordancia con la Política y el Plan Nacional.
- B) Dictar los reglamentos en el cantón para la clasificación, recolección selectiva y disposición final de residuos, los cuales deberán responder a los objetivos de esta Ley y su Reglamento.
- C) Promover la creación de una unidad de gestión ambiental, bajo cuya responsabilidad se encuentre el proceso de la gestión integral de residuos, con su respectivo presupuesto y personal.
- D) Garantizar que en su territorio se provea del servicio de recolección de residuos en forma selectiva, accesible, periódica y eficiente para todos los habitantes, así como de centros de recuperación de materiales, con especial énfasis en los de pequeña y mediana escala para la posterior valorización.
- E) Proveer de los servicios de limpieza de caños, acequias, alcantarillas, vías, espacios públicos, ríos y playas cuando corresponda, así como del manejo sanitario de animales muertos en la vía pública.
- F) Prevenir y eliminar los vertederos en el cantón y el acopio no autorizado de residuos.
- G) Impulsar sistemas alternativos para la recolección selectiva de residuos valorizables como contenedores o receptores, entre otros.
- H) Fijar las tasas para los servicios de manejo de residuos que incluyan los costos para realizar una gestión integral de estos, de conformidad con el plan municipal para la gestión integral de residuos,

esta Ley y su Reglamento, y en proporción con la cantidad y la calidad de los residuos generados, asegurando el fortalecimiento de la infraestructura necesaria para brindar dichos servicios y garantizando su autofinanciamiento.

- I) Coordinar el cumplimiento de esta Ley y su Reglamento, la política y el Plan Nacional y cualquier otro reglamento técnico sobre gestión integral de residuos dentro del municipio.
- J) Promover la capacitación y realizar campañas educativas de sensibilización de los habitantes del cantón respectivo para fomentar la cultura de recolección separada, de limpieza de los espacios públicos y de gestión integral de residuos.
- K) Establecer convenios con microempresas, cooperativas, organizaciones de mujeres y otras organizaciones y/o empresas locales, para que participen en el proceso de gestión de los residuos, especialmente en las comunidades que se ubican lejos de la cabecera del cantón.
- L) Se autoriza a las municipalidades para que desarrollen tecnologías alternativas para el tratamiento de residuos, siempre y cuando sean menos contaminantes. Para tal fin, podrán utilizar los instrumentos de planificación y gestión previstos en el Código Municipal, entre ellos los mecanismos de integración asociativa y empresarial. Se autoriza, además, a establecer tasas diferenciadas, según el tipo y la cantidad de residuos a aquellos que separen en la fuente, u otra forma de incentivo fiscal para el generador o el gestor, que contribuya en el cantón a la gestión integral de residuos.

De tal manera, la Ley resulta en una desgranada lisa de obligaciones descritas para la prestación del Servicio Público, como se permite leer de su articulado, reconoce soberanía y autonomía dentro de su ámbito territorial, de tal manera que le corresponde a cada Municipalidad seleccionar el camino a tomar para el cumplimiento de dichas obligaciones, fundamentándose claro está, en su autonomía y operando bajo el principio de discrecionalidad, tal como a continuación se desarrolla. En cuánto esta autonomía municipal la Sala Constitucional²³ ha indicado que:

"(...) la Constitución Política (artículo 170) y el Código Municipal (artículo 7 del Código Municipal anterior, y 4 del vigente) no se han limitado a atribuir a las municipalidades de capacidad para gestionar y promover intereses y servicios locales, sino que han dispuesto expresamente que esa gestión municipal es y debe ser autónoma, que se define como libertad frente a los demás entes del Estado para la adopción de sus decisiones fundamentales. Esta autonomía viene dada en directa relación con el carácter electoral y representativo de su Gobierno (Concejo y Alcalde) que se eligen cada cuatro años, y significa la capacidad de la municipalidad de fijarse sus políticas de acción y de inversión en forma independiente, y más específicamente, frente al Poder Ejecutivo y del partido gobernante. Es la capacidad de fijación de planes y programas del gobierno local, por lo que va unida a la potestad de la municipalidad para dictar su propio presupuesto, expresión de las políticas previamente definidas por el Concejo, capacidad, que a su vez, es política. Esta posición coincide con la mayoritaria de la doctrina, en la que se ha dicho que el rango típico de la autonomía local reside en el hecho de que el órgano

²³ Extracto del Voto 5445-99 de la Sala Constitucional.

fundamental del ente territorial es el pueblo como cuerpo electoral y de que, consiguientemente, de aquel deriva su orientación política administrativa, no del Estado, sino de la propia comunidad, o sea, de la mayoría electoral de esa misma comunidad, con la consecuencia de que tal orientación política puede divergir de la del Gobierno de la República y aún contrariarla, ahí donde no haya correspondencia de mayorías entre la comunidad estatal y la local; o bien, que la autonomía política es una posición jurídica, que se expresa en la potestad de conducir una línea política propia entendida como posibilidad, en orden a una determinada esfera de intereses y competencias, de establecer una línea propia de acción o un programa propio, con poderes propios y propia responsabilidad acerca de la oportunidad y la utilidad de sus actos"

Por otro lado, para el jurista ORTIZ ORTIZ la discrecionalidad se plantea como "la libertad del funcionario otorgada por el ordenamiento de escoger entre varias interpretaciones posibles de la norma y entre varias conductas posibles, dentro de una circunstancia."²⁴

Lo cual resulta concordante con lo explicado por DESDENTADO DAROCA²⁵, cuando explica que "la discrecionalidad es un modus operandi de la función formal (esto es, relativa a la adopción de los actos administrativos y disposiciones de carácter general) de la Administración Pública en su conjunto –esto es, de los

²⁴ Ortiz Ortiz, E. (1998). Tesis de Derecho Administrativo. Costa Rica: Editorial Stradmann.

²⁵ DESDENTADO DAROCA, E. (1997). Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Pamplona, España: Editorial Aranzadi.

diversos Poderes del Estado e instituciones públicas, sean Administración Central o Descentralizada-, consistente en la adopción de decisiones dentro de un margen de apreciación dejado por el ordenamiento mediante la realización de una elección entre diferentes alternativas sobre la base de criterios extrajurídicos. Se trata, pues, de la adopción de decisiones de forma desvinculada del ordenamiento jurídico, realizando una elección entre diferentes alternativas, utilizando para ello criterios valorativos extrajurídicos.”

Específicamente la Ley General de la Administración Pública²⁶ dispone sobre la potestad discrecional lo siguiente:

Artículo 15.-

1. La discrecionalidad podrá darse incluso por ausencia de ley en el caso concreto, pero estará sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable.
2. El Juez ejercerá contralor de legalidad sobre los aspectos reglados del acto discrecional y sobre la observancia de sus límites.

Artículo 16.-

1. En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.

²⁶ Ley 6227 de la República de Costa Rica (1978).

2. El Juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad.

Artículo 17.-

La discrecionalidad estará limitada por los derechos del particular frente a ella, salvo texto legal en contrario.

Artículo 160.-

El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias de cada caso.

Esto también ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia²⁷, determinando los parámetros que debe cumplir la facultad discrecional de la Administración Pública para que no sea entendida como una voluntad arbitraria, sino como un acto razonado en procura de la satisfacción del interés público:

“A. La finalidad de la Administración actuante, por cuanto la decisión adoptada debe estar determinada por el deber al que está obligada según el bloque de legalidad; con lo cual, bien se puede afirmar que se trata de una discrecionalidad en el medio, no en el resultado, siendo libre la Administración para ejercer la potestad atribuida en cuanto a la elección del medio idóneo; teniéndose presente que conforme lo prevé el artículo 11.2 de la Ley General de Administración Pública, el fin, como elemento sustancial objetivo de todo acto administrativo, siempre

²⁷ TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA.- Sentencia número 2248 de las diez horas cinco minutos del ocho de julio de dos mil diez. Expediente: 10-000742-1027-CA.

tiene que estar definido previamente en la norma, sea ésta escrita o no escrita; es decir, puede estar definido de manera expresa (explícita)–en el texto normativo– o de manera implícita (o tácita), en aquellos supuestos en que la noción del interés público se encuentra necesariamente incluida en la atribución de facultades a la Administración, sobre la base de premisas constitucionales; y conforme al artículo 49 de la Constitución Política y numerales 42 y 122 del Código Procesal Contencioso Administrativo, es controlable en la jurisdicción contencioso administrativa;

B. Los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que obliga a hacer el análisis de la legitimación, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida o disposición adoptada por la Administración, conforme a la amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (entre otras, se pueden consultar las sentencia número 03933-98, 8858-98, 5236-99, 2000-2858, 2000- 1920, 2000-10826, 2001-0732, 2001-1465-01 y 2001-10153);

C. El respeto de los derechos fundamentales, en virtud del cual, se constituye en un verdadero valladar del ejercicio de las potestades de imperio, precisamente en atención a que una de las características esenciales y propias del Estado Social y Democrático de Derecho (artículos primero, 9, 50 y 74 constitucionales), es precisamente el reconocimiento de los derechos fundamentales;

D. Los principios generales del derecho, como el de equidad, igualdad, justicia, seguridad jurídica, de la buena administración, irretroactividad, buena fe; que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Administración Pública, son fuente de derecho, como normas no escritas, y por ello, condicionantes del

ejercicio de la potestad discrecional de la Administración;
y

E. Las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, que obliga a la Administración a que su actuación esté debidamente motivada en el conocimiento teórico adquirido de las distintas metodologías y disciplinas de la ciencia y la técnica, cuando ello lo amerite, así como en los casos en que deba utilizar criterios propios de la técnica administrativa.”

El artículo 4 del Código Municipal²⁸ establece que cada “municipalidad posee la autonomía política, administrativa y financiera que le confiere la Constitución Política. [y] Dentro de sus atribuciones se incluye (...) administrar y prestar los servicios públicos municipales.”

Entonces, las Municipalidades se ven obligadas a valorar desde los parámetros de la discrecionalidad administrativa, los distintos modelos a los cuales podría recurrir para la prestación de cualquier servicio público.

Ya que la Ley 8839 es clara en la delegación operativa del servicio público a las Municipalidades, cualquier acto administrativo que tenga por fin la prestación eficiente y eficaz del servicio, cumplirá con la dimensión finalista de la Administración actuante.

Pero las Municipalidades no deberían brindar el servicio mediante modelos de gestión propia o mixta obviando la existencia de otras alternativas, o dicho de otra forma; antes de elegir un modelo, cada Municipalidad debe valorar cual estructura de gestión podría ajustarse de

²⁸ Ley 7794 de la República de Costa Rica (1998)

una manera más razonable a las exigencias actuales del servicio público.

La evidente necesidad de atender una obligación pública que se traduce en la protección de derechos humanos ambientales, debe ser la medida de rigurosidad para definir la proporcionalidad de la decisión que tome cada Municipalidad.

Por todo esto, serán los estudios técnicos y científicos el principal instrumento mediante el cual cada Municipalidad valora entre las distintas opciones que le otorga el ordenamiento jurídico para la prestación del servicio público.

V. LA CONSTITUCIÓN DE UNA EMPRESA PÚBLICA COMO ALTERNATIVA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE RECOLECCIÓN DE RESIDUOS ORDINARIOS.

Aunque existen múltiples acepciones del concepto²⁹, para efectos prácticos se entenderá inicialmente por Empresa Pública lo indicado por el tratadista GARCIA DE ENTERRIA cuando señala que son "empresas organizadas y gestionadas por la Administración con las cuales actúa directamente en el mundo económico de la producción y de los servicios, fenómeno desconocido por el Derecho Administrativo clásico, que más bien sancionaba la incapacidad económica de la

²⁹ GORDILLO, A. (2014). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas (Tomo 9, Primeros manuales)*. Buenos Aires: FDA,.(pag. 472), explica que existen múltiples acepciones tanto en sentido amplio como en sentido estricto del mismo.

Administración y de sus organizaciones por la reserva expresa de dicho mundo a la sociedad"³⁰.

En Costa Rica, el profesor ORTÍZ ORTÍZ reconoce que "son entidades legalmente destinadas a autofinanciarse, con prescindencia de subvenciones, dotaciones o tributos especiales, a través de su actividad de competencia en un libre mercado. Esta su presunta parificación con el competidor privado dentro del mercado libre obliga a sujetar su organización y/o funcionamiento al derecho mercantil o, excepcionalmente, al civil, en bien de la rapidez, de la competitividad, y, sobre todo, de la libertad de maniobra."³¹

Lo cual concuerda con el tratadista GORDILLO³² cuando indica que son organizaciones híbridas planteadas como una solución que se encuentra entre lo estatal y lo privado, que implica a su vez la presencia de características de *ente estatal* como por ejemplo que no pueden ser declaradas en quiebra, sus directivos superiores son funcionarios públicos o que sus bienes no son embargables cuando están afectados directa o indirectamente al uso público y al mismo tiempo les aplican características de *ente privado*, por ejemplo, tienen un régimen propio de contrataciones (excluido de la contratación administrativa), pueden realizar contratos bajo el derecho privado, son demandadas ante los tribunales ordinarios y en cuanto sus empleados, no

³⁰ GARCÍA DE ENTERRIA, E. (1975). *Curso de Derecho-Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas. (pag. 234)

³¹ ORTIZ ORTIZ, E. (1990). *Justicia Administrativa Costarricense: cuatro estudios*. San José, Litografía e Imprenta LIL, S.A. (pag.119)

³² GORDILLO, A. (2014). *IBIDEM* (pag 473-474)

se rigen por el régimen de empleo público sino por el derecho laboral común.

Esta serie de rasgos tan convenientes, parecieran ofrecer importantes ventajas operativas para la consecución de los fines públicos, proponiendo lo que en doctrina se conoce como una *huida del derecho administrativo*. Esta corriente reconoce que el marco legal al cual se someten las instituciones públicas produce lo que el autor MARTÍN-RETORTILLO BAQUER llama una *inservibilidad* en el sentido puro de la palabra, dado que las instituciones llamadas a brindar un servicio público se encuentran finalmente lejos de su cometido jurídico.³³

Sin embargo, continúa señalando MARTÍN-RETORTILLO BAQUER que las Empresas Públicas terminan por alejarse en la práctica, de lo que en teoría parecía una respuesta a las limitaciones del marco del derecho público, principalmente porque se ven sujetas a rígidos sistemas de fiscalización y control, por lo tanto en la mayoría de las experiencias terminan siendo tan ineficientes y carentes de libertad de maniobra como cualquier otro ente público.

Para evitar lo anterior, resulta en extremo necesario en este planteamiento de Empresa Pública ser aún más específico, y alejar el termino de empresa estatal de aquellas pretensiones propias del estado empresario³⁴ que se desarrolló entre finales de los años setentas y ochentas en Costa Rica, sino más bien apostar por

³³ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (2000). Las Empresas Públicas: Reflexiones Del Momento Presente. Revista de Administración Pública, Número 126, (pag. 64-132)

³⁴ BULL, B. (2008). Globalización, Estado y privatización proceso político de las reformas de telecomunicaciones en Centroamérica. San José, Costa Rica. FLACSO. (pag. 123)

verdaderas sociedades anónimas regidas por el derecho privado, dónde el capital se encuentra en posesión de las comunidades.

Este planteamiento, lejos de proponer una regresión al modelo de estado benefactor, se ubica en la consideración de un modelo liberal, tal como explica RALLO JULIÁN, cuando indica que son las mismas comunidades las que deben de organizarse para la administración de sus recursos, para la producción de bienes y servicios comunes pero en un régimen de competencia que promueva la eficiencia, la eficacia y la mejora continua.³⁵

Este autor critica duramente la intervención del Estado y promueve la reducción del gasto público, sin que lo anterior signifique una desmejora en los servicios públicos. Siendo más bien que su tesis plantea todo lo contrario, indicando que la presencia de empresas que desarrollen servicios públicos promovería un mejoramiento en la calidad del servicio para cada cantón de conformidad a sus capacidades y condiciones particulares. Claramente, siempre y cuando existan las condiciones necesarias de competencia y libre empresa. Si bien lo anterior podría parecer un planteamiento poco probable, en Costa Rica existe evidencia de que lo anterior lejos de una teorización utópica, se trata de una realidad consecuente con el ordenamiento jurídico. Para ello se expondrá brevemente el caso de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia Sociedad Anónima (ESPH S.A).

Esta empresa mercantil dedicada a la producción y distribución de servicios públicos se encuentra

³⁵ RALLO JULIAN, J. (2014). Una revolución liberal para España. Madrid: HOMER.

constituida como una sociedad anónima de capital municipal desde 1976, fundada por el cantón de Heredia, fue creciendo en servicios y en zonas de distribución.

Los servicios de agua potable y suministro de electricidad fueron los principales componentes de su matriz de productos, sin embargo ha diversificado sus servicios al área de tecnología y telecomunicaciones y hoy cuenta con más de 60,000 clientes distribuidos en los cantones de Heredia, Flores, Brava, San Pablo, San Joaquín, San Rafael y San Isidro entre otros, por lo que ha demostrado que es posible la prestación de servicios más allá de los límites geográficos de la municipalidad que le constituyó inicialmente.

La ESPH, ha definido, implantado y mantiene actualizado un sistema de gestión integrado, obteniendo la certificación de las normas INTE- ISO 9001:2015, INTEOHSAS 18001: 2009, INTE-ISO 14001:2015 e INTE 35-01-01:2012, lo cual es una breve muestra de los alcances y capacidades a los cuales puede acceder una organización estructurada bajo el modelo empresarial para gestión de servicios públicos.

La buena experiencia de la ESPH S.A. sustenta en primera instancia el planteamiento aquí propuesto, pero a la vez deja en evidencia que la idea de que las Municipalidades constituyan empresas privadas para brindar servicios públicos no es una propuesta innovadora, a pesar de eso, las Municipalidades aún no han valorado esta opción como un camino para la prestación eficiente de los servicios de gestión de residuos ordinarios.

Para valorar la viabilidad jurídica de este camino se debe tomar en cuenta que el Artículo 169 de la Constitución Política define la administración de los gobiernos municipales en dos instancias; una, un cuerpo

deliberante y otra, un funcionario ejecutivo. Acatando el mandato constitucional citado, se establece en el Código Municipal la figura del Concejo Municipal y la del Alcalde Municipal, el primero como órgano deliberativo y el segundo en función ejecutiva³⁶.

Por otra parte el artículo 13 del Código Municipal establece las atribuciones del Consejo y en el inciso *p*, que establece la potestad de “constituir, por iniciativa del alcalde municipal, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta.”. Después del concepto de establecimiento público, las otros dos son instituciones completamente vinculantes a esta explicación.

En cuanto las *empresas industriales y comerciales*, la constitución, organización y libre ejercicio de las mismas, se encuentra regido mediante el derecho privado, en Costa Rica específicamente con atención al Código de Comercio dónde se desarrollan los cuatro tipos de sociedades existentes en el derecho costarricense³⁷.

Por otro lado en abril del año 2010 se promulga la Ley 8828 mediante la cual se regula la actividad de las *sociedades públicas de economía mixta*, que establece

³⁶ UNIÓN DE GOBIERNOS LOCALES. (2013). CÓDIGO MUNICIPAL COMENTADO. San José. Recuperado el 12 de Junio de 2017, de https://www.msj.go.cr/informacion_ciudadana/SiteAssets/archivos/codigos/CO-1%201_c%C3%B3digo%20municipal.pdf (pág. 19)

³⁷ Los cuatro tipos de sociedades existentes en Costa Rica son las sociedades anónimas, las sociedades de Responsabilidad Limitada y en desuso la sociedad en nombre colectivo y la sociedad en comandita.

los mecanismos de asociación entre capitales municipales y capitales privados para la constitución de empresas mercantiles que tengan por objeto la prestación de servicios públicos.

Estas sociedades públicas de economía mixta e organizarán y funcionarán conforme a las normas que rigen a las sociedades anónimas, sin perjuicio de su sujeción al derecho público, principalmente para actividades de fiscalización y control.

Queda evidenciado que la legislación costarricense, desde el Código Municipal, establece las condiciones normativas suficientes para que las Municipalidades constituyan con capital propio o en conjunto con el sector privado empresas que operando dentro del ámbito del derecho privado brinden servicios públicos.

Las ventajas que se proponen con respecto a este modelo empresarial, podrían ser ejecutadas desde la directa gestión municipal, pero la acuciosa reflexión realizada en torno a las ventajas de maniobrabilidad y operación que gozan la administración empresarial en contraposición a la aletargada respuesta de la Administración, sugieren que la implementación y cumplimiento de un servicio público de calidad resultaría viable a un menor plazo en manos de una empresa, sociedad anónima o de economía mixta.

No obstante, la reflexión aquí planteada no puede, ni tampoco sugiere limitar la valoración de modelos de gestión del servicio al esquema empresarial, más bien resulta un primer planteamiento del cual debe surgir un análisis riguroso que de manera exhaustiva enliste la totalidad de opciones jurídicas.

Ejemplo de lo anterior sería la constitución de fideicomisos, la sub contratación total y no parcial del

servicio mediante modelos de concesión, o incluso la reestructuración administrativa de las municipalidades para dar el servicio de manera directa pero de forma eficiente. Evidenciando así, que esto se trata apenas de una discusión inicial y no de una recomendación última y definitiva para el dialogo municipal.

VI. COROLARIO.

Finalmente, de manera sintética, se abordan los aspectos más relevantes de la presente investigación.

- La auditoría realizada por la Contraloría General de la República en el año 2014 evidencia el rezago existente en los gobiernos locales para implementar efectivamente el servicio público de residuos ordinarios en los términos propuestos por la Ley 8839 desde el año 2010, con especial preocupación en la tarea de recuperación de residuos valorizables dónde actualmente no se alcanza ni el 1.5 % de los residuos generados. La proyección de crecimiento en la producción de desechos ordinarios requiere valorar opciones jurídicamente viables para la atención sostenible de una problemática creciente y que tiene importantes implicaciones con la salud y el medio ambiente.
- Una vez esquematizados los límites y definiciones de la Gestión Integral de Residuos Sólidos desde la perspectiva técnica que ofrece la Ley, resulta necesario que su implementación se realice a partir de lineamientos constitucionales, una justificante discursiva ubica los principios del derecho ambiental como el instrumental orientador en materia de derechos humanos ambientales y sobre esta tesitura resulta obligatorio fundamentar robustamente la toma de decisiones por parte de la Administración.

- Como punto medular de esta investigación, el otorgamiento de funciones que hace la Ley a los diferentes actores de la Administración y en especial a las municipalidades, no establecen limitaciones o condicionantes desde la ley o desde el ente rector para seleccionar un modelo de gestión alternativo para la prestación del servicio. Más bien con vista a los principios de autonomía y discrecionalidad administrativa que sustentan su gestión, pueden -y más allá de eso-, deben valorar y analizar los diferentes modelos para la prestación del servicio público y así elegir la alternativa más apropiada con vista a sus capacidades y necesidades.
- Finalmente dentro de las opciones para prestar el servicio público las municipalidades tienen como un camino jurídicamente viable la constitución de empresas privadas de capital público, ya sean sociedades anónimas o empresas de economía mixta, que bajo esquemas de competencia podrían brindar un servicio de mayor calidad y ante todo más eficiente con respecto al cumplimiento de la Ley.

Por todo lo anterior queda de pleno manifiesto la necesidad de aumentar la intensidad de este diálogo, y realizar los esfuerzos sociales desde las diferentes instancias, incluida el sector académico, para ir modelando en conjunto una ruta eficiente para la atención del servicio público de gestión integral de los residuos ordinarios.

VII. ABREVIATURAS.

CGR Contraloría General de la República

GIR Gestión Integral de Residuos

ESPH Empresa de Servicios Públicos de Heredia

Ley Ley para la Gestión Integral de Residuos número 8839.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

BULL, B. (2008). Globalización, Estado y privatización proceso político de las reformas de telecomunicaciones en Centroamérica. San José, Costa Rica. : FLACSO.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (2016). INFORME N.º DFOE-DL-IF-00001-2016 AUDITORIA OPERATIVA RECOLECCIÓN DE RESIDUOS ORDINARIOS. DIVISIÓN DE FISCALIZACIÓN OPERATIVA Y EVALUATIVA.

Recuperado el 1 de Mayo de 2017, de https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docs_cgr/2016/SIGYD_D_2016002526.pdf

DESDENTADO DAROCA, E. (1997). Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Pamplona. España. : Editorial Aranzadi.

ESPH SA. (s.f.). RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL (Reseña 2014).

ESPH SA. (s.f.). RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL (Reseña 2015).

FELIU, J. M. (2016). Remunicipalización de los servicios locales y derecho comunitario. EL CRONISTA DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, 50-71.

GARCÍA DE ENTERRIA, E. (1975). Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Editorial Civitas.

GORDILLO, A. (2014). Tratado de derecho administrativo y obras selectas (Tomo 9, Primeros manuales). Buenos Aires: FDA.

IZA, A., & AGUILAR ROJAS, G. (2009). Derecho ambiental en Centroamérica Tomo II. Suiza: UICN, Editorial Gland.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (2000). Las Empresas Públicas: Reflexiones Del Momento Presente. Revista de Administración Pública, Número 126, paginas 64-132.

MINISTERIO DE SALUD, REPÚBLICA DE COSTA RICA. (2010). Política Nacional para la Gestión Integral de Residuos 2010-2021. San José, Costa Rica. Recuperado el 1 de Mayo de 2017, de:

<https://www.ministeriodesalud.go.cr/index.php/biblioteca-de-archivos/sobre-el-ministerio/politicas-y-planes-en-salud/politicas-en-salud/1107-politica-nacional-para-la-gestion-integral-de-residuos-2010-2021/file>

MINISTERIO DE SALUD, REPÚBLICA DE COSTA RICA. (2016). Plan Nacional para la Gestión Integral de Residuos Sólidos 2016-. Recuperado el 1 de Mayo de 2017, de:

<https://www.ministeriodesalud.go.cr/index.php/biblioteca-de-archivos/sobre-el-ministerio/politicas-y-planes-en-salud/planes-en-salud/3025-plan-nacional-para-la-gestion-integral-de-residuos-2016-2021/file>

ORTEGA ALVAREZ, L. (2005). Lecciones de Derecho del Medio Ambiente. España: Lex Nova.

ORTIZ ORTIZ, E. (1990). Justicia Administrativa Costarricense: cuatro estudios. . San José, Litografía e Imprenta LIL, S.A.

ORTIZ ORTIZ, E. (1998). Tesis de Derecho Administrativo. Costa Rica: Editorial Stradmann.

PEÑA CHACÓN, M. (2016). Derecho Ambiental Efectivo [recurso electrónico]. San José: PPD Universidad de Costa Rica.

RALLO JULIAN, J. (2014). Una revolución liberal para España. Madrid: HOMER.

ROLLANDI, R. (2014). Problemática de la gestión de residuos sólidos urbanos en las megas ciudades de Latinoamérica.

Obtenido de http://www.ic-latinoamerica.com/descargas/pdf/articulos_interes/2012-04_problematika_de_la_gestion.pdf

UNIÓN DE GOBIERNOS LOCALES. (2013). Código Municipal Comentado. San José. Recuperado el 12 de Junio de 2017, de: https://www.msj.go.cr/informacion_ciudadana/SiteAssets/archivos/codigos/CO-1%201_c%C3%B3digo%20municipal.pdf